

MINISTÉRIO PÚBLICO, DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ives Gandra da Silva Martins*

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie,
em cuja Faculdade de Direito foi titular de
Direito Econômico e de Direito Constitucional.*

Tenho entendido que a ação civil pública não pode ser utilizada pelo Ministério Público na defesa de direitos individuais disponíveis.

Já repetidas vezes o Tribunal de Justiça de São Paulo tem-se manifestado na mesma linha, na suspensão de liminares concedidas por juízes de 1ª. instância, inclusive uma delas - obtida pela Prefeitura da Estância Balneária de Ubatuba em ação proposta contra a cobrança de contribuição de melhoria - com decisão lastreada em parecer meu, tendo o Desembargador Francis Selwin Davies chegado a nela tratar

* Colaboração especial do Professor Ives Gandra da Silva Martins, por sua nímia gentileza, homenageando e incentivando a continuidade da publicação da *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica, da Instituição Toledo de Ensino.*

do mérito, fulminando a utilização do mencionado veículo processual.¹

Com efeito, aquele insigne jurista, à época presidindo o Egrégio Tribunal de Justiça, reconheceu a impertinência da ação civil pública utilizada para a defesa de direitos disponíveis, com palavras densas e claras:

“É comezinho que em pedidos que tais devem ser apreciados à luz dos pressupostos ensejadores da cautela, quer dizer, basicamente o *periculum in mora*, ou a possibilidade de grave dano ao Poder Público.

Mas não se ignora que o *fumus boni juris* deve sempre se manifestar possível ou razoável para que se possa analisar o perigo de dano.

Tem, pois, função de pré-requisito ou requisito da própria condição.

Disso se infere que questões preliminares e de mérito da própria ação podem ser analisadas apenas para se buscar fundamentos para a concessão ou denegação da liminar.

Aliás, o Colendo Supremo Tribunal Federal tem dado a esses pré-requisitos uma dimensão mais dilargada e compreensiva, máxime no que pertine à iminência ou perigo de dano.

Às vezes, a Suprema Corte dispensa até a exigência de dano irreparável ou que esse dano atinja diretamente o Poder Público,

¹CELSON Bastos lembra que: “A Constituição procura determinar os destinatários dos direitos individuais esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

A atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros.

A despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim cremos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte. Senão vejamos: se, por acaso, um estrangeiro em trânsito pelo País, portanto não-residente, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, chegar-se-ia ao ponto de denegar-lhe o *habeas corpus*, sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele se beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura nem residisse no País? Seria esta uma razão para poder confiscar-lhe a propriedade sem indenização? A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão “brasileiros e estrangeiros residentes no País” é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª. vol., Saraiva. 1989, p. 4).

quando vislumbra a possibilidade de proteção imediata diante de uma situação de difícil desfazimento.

No caso dos autos, quer parecer que a ação escolhida pelo digno e culto representante do Ministério Público não se presta ao desiderato colimado.

Se se afirma a desconformidade ou inconstitucionalidade de certo dispositivo legal, não se pode escolher ação diversa se a Carta Magna previu para casos que tais Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Portanto, a sede própria e adequada para argüir a inconstitucionalidade, posta à disposição de quem busca ser guardião da Carta Magna, é a Ação Direta de inconstitucionalidade, não se podendo deslembrar que o Ministério Público é um dos legitimados a exercer o controle de constitucionalidade das leis (CF/88, artigo 103, VI).

Desse modo e em breve deliberação, a ação civil pública se mostra inadequada a esse desiderato.

Nesse sentido, aliás, decisão desta Corte, cuja ementa se transcreve: “Taxa-Iluminação pública, limpeza pública, sinistro-bombeiro e conservação de logradouro - Previsão em lei municipal - Ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando à suspensão de sua cobrança - Meio inidôneo - Hipótese de ação direta de inconstitucionalidade - Substituição da ação inadmissível - Carência decretada - Inteligência do artigo 90, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo.

Não há como substituir uma ação direta de inconstitucionalidade por uma ação civil pública e, além do mais, comporta esta uma medida liminar, a ser concedida pelo próprio Juiz da Comarca, quando a matéria deve ser conhecida pelo próprio Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo” (TJSP-8ª. C.- MS - Rel. Fonseca Tavares, j. 16-12-92, RT, 694/85).

Outro aspecto merece destaque.

A competência que a Constituição Federal cometeu ao Ministério Público não tem o elastério pretendido e usado. No

âmbito civil, apenas se lhe cometeu, como função institucional, promover a proteção dos interesses difusos e coletivos.

Isso quer dizer que só tem legitimidade para proteger o interesse difuso da sociedade, ou melhor, de um número indeterminado de pessoas, que não podem ser identificadas.

A contribuição de melhoria, como não se desconhece, tem por características pessoas certas e determinadas que residem em determinada rua ou em determinado bairro.

Assim, não cabe ao *Parquet*, por lhe falecer atribuição, manifestar ação em favor de pessoas determinadas.

Aliás, em caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Paraná, em brilhante decisão, deixou assente a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas versando questão relativa a tributo: "Ação civil pública. Ministério Público. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Preliminar acolhida. Consumidor e contribuinte. Diferenciação. Limitação da atuação do *Parquet* para promoção da defesa do primeiro. Interesse difuso. Restrição da tutela às hipóteses legalmente elencadas. Lei nº. 8.078/90, artigos 81, parágrafo único e 92, III, Lei nº. 7.347/85, artigo 21, CF, artigo 129, III.

O conteúdo das expressões *consumidor* e *contribuinte* não se equivale e se está o Ministério Público expressamente autorizado à promoção da defesa dos direitos do primeiro, o mesmo não ocorre com relação ao segundo na hipótese de lançamento de tributos pela Municipalidade que, por sua vez, não se identifica na categoria de entidade comercial ou prestadora de serviços.

Consigna o enunciado da Lei nº. 7.347/85, dizem respeito à responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ao próprio consumidor sem fazer, contudo, qualquer referência à categoria do contribuinte. Recurso provido" (TAPR - 2ª. C. - Ap. - Rel. Irlan Arco-Verde, j. 11-11-92, RT, 691/170)²

² Suspensão de liminar nº. 22.663.0/6, Fazenda Municipal da Estância Balneária de Ubatuba, M.M. Juiz de Direito da 1ª. Vara Civil da Comarca de Ubatuba, 11-4-94 (xerox da liminar em meu poder).

Não é outra a posição da doutrina.

O saudoso Hely Lopes Meirelles, em obra revista pelo preclaro Arnaldo Wald, contesta a utilização de tal tipo de veículo processual em termos inequívocos:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº. 7.347, de 24-7-85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 1º., protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. *Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu* (grifos meus).³

O Desembargador Luís Antônio de Andrade, por outro lado, entende, em preciso estudo, que:

“Distinguindo os interesses coletivos ou difusos de situações em que há interesses com pluralidade de sujeitos, indica, com a autoridade que lhe é peculiar, José Carlos Barbosa Moreira, duas hipóteses que não se confundem com os interesses coletivos ou difusos, e que não suscitam os problemas de que se cogita quando se cuida da proteção jurisdicional destes últimos: “a) a da existência de vários titulares do lado ativo ou do lado passivo de uma única relação jurídica (condôminos de determinada coisa, credores de um devedor comum, devedores de um credor comum, etc); b) a da existência de titulares de relações jurídicas distintas, mas análogas, derivadas de uma relação-base de que todos participam (acionistas de uma sociedade anônima, considerados nas suas relações com a própria sociedade) (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, em Temas de Direito Processual, 3ª. série, Rio de Janeiro, 1984, p. 193 e seg., estando na p. 194 o trecho transcrito). Elemento que se reputa essencial, portanto, à configuração do conceito é o fato de tais interesses terem por titular uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, no tocante às quais os interesses se manifestam, não em virtude da presença de uma relação jurídica de que copartici-

³ MANDADO DE SEGURANÇA - Ação popular, Ação civil pública, Mandado de injunção, *Ha-beas Data*, 15ª. ed., Malheiros editores, 1993, p. 117.

pam, ou de relações jurídicas paralelas ou convergentes, em que estejam engajados, mas de dados contingentes e variáveis, como os que surgem em função da necessidade de proteger a fauna e a flora, a salubridade de um rio que abasteça determinada cidade, ou de atmosfera, os monumentos históricos, e assim sucessivamente.

A pluralidade de titulares dos interesses coletivos ou difusos apresenta, neles, por conseguinte, notas específicas, que permitem distingui-los de outros interesses plurissubjetivos, cuja tutela não se ajusta ao regime da Lei nº. 7.347/85. **Não constituem eles, de acordo com lição corrente, que se acaba de reproduzir, a mera soma de interesses individuais, ainda que disseminados por um expressivo conjunto de pessoas, mas uma categoria própria em que talvez possa identificar-se uma unicidade de interesse, partilhado por uma pluralidade indeterminada e indeterminável de co-titulares, não ligados entre si ou com quem se mostre capaz de lesar ou satisfazer o interesse por qualquer vínculo jurídico.**

Não são apenas dados relativos aos sujeitos que ensejam, porém, a caracterização dos interesses coletivos ou difusos. Nelles, é específico, também, o respectivo objeto, identificado pela indivisibilidade. Não se trata, em outras palavras, de interesses cuja satisfação ou lesão possa dar-se de modo fracionado, para um ou para alguns interessados, e não para outros.

A indivisibilidade do objeto do interesse, que a doutrina põe em devido destaque, significa que entre os co-titulares se forma, “por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a *quota* de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário à satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade (José Carlos Barbosa Moreira, trab. e ob. cit., p. 195)” (grifos meus).⁴

⁴ RT. 648, outubro de 1989, p. 8/9.

não se devendo esquecer acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, em que linha semelhante é adotada, como se lê:

“A Constituição da República de 1988, artigo 127, reiterou a qualificação de agir designada ao órgão do Ministério Público em defesa, já agora, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como já sublinhou a disponibilidade caracteriza o direito objetivado na espécie. A respeito do dispositivo, ressalta CLOVIS BENOS, que: “Destarte circunscrita a atuação do Ministério Público, quanto aos interesses sociais, naquilo que tange à metaindividualidade desses interesses somente se pode concluir que ao Ministério Público incumbe ajuizar ação civil pública em relação a interesses coletivos não difusos, apenas quando estes se revelarem sociais no sentido amplo da expressão *interesses sociais* (*Ação Popular e Ação Civil Pública*, p. 42). De consignar aliás, que a Carta Magna, artigo 129, inciso III, correlaciona a propositura de referida demanda, pelo Ministério Público, à proteção, dentre outros, bens “de outros interesses difusos e coletivos”, o que permite discernir entre os adnominais, como correspondentes a categorias distintas entre si.

“O *parquet* goza de titularidade ativa inerente na tutela de tais interesses ante sua transindividualidade, de modo que, por esta conotação, se faz mister a intervenção de um órgão público que atenda à ordem pública, ínsita em tais valores. **Não assim, data venia, em se cuidando, como aqui, de direitos subjetivos**” (grifos meus).⁵

Não vejo, pois, como admitir-se tal veículo processual na proteção de direitos disponíveis e divisíveis.

Com efeito, a Constituição Federal, no Capítulo concernente ao Ministério Público, ofertou-lhe a competência para o ajuizamento de ação civil pública traçando o âmbito da medida, ao dispor:

“Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

⁵ Apelação Civil 152.203.1 (RTJESP, p. 136/8).

III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”,

não se referindo a direitos individuais e muito menos a direitos disponíveis.⁶

Por outro lado, o artigo 127 fez menção exclusivamente a direitos indisponíveis individuais como de possível defesa por parte do Ministério Público:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e **individuais indisponíveis**” (grifos meus),

não autorizando interpretação de que tal defesa deva fazer-se por ação civil pública.

Com efeito, fosse intenção do constituinte a adoção do mesmo veículo processual para defesa de tais direitos, além dos interesses difusos e coletivos, e teria repetido tal discurso no artigo 129.

O artigo 127, ao falar em interesses sociais, à nitidez, se utilizou da expressão, em seu conteúdo *lato sensu*, isto é, aqueles interesses amplos da sociedade - e não dos indivíduos em particular - entre os quais seus interesses coletivos e difusos.

Aos interesses sociais acrescentou, sabiamente, os individuais indisponíveis na medida em que tais direitos individuais são de difícil defesa pela totalidade da comunidade e, por outro lado, não podem ser dispostos pelos cidadãos, seus reais titulares. Por esta razão, ofertou, o constituinte, à sociedade, a proteção do Ministério Público para tais interesses difusos e coletivos, direitos sociais, e para direitos individuais indisponíveis.⁷

⁶ Pinto Ferreira esclarece: “A ação civil pública é um instrumento ágil que permite o amparo aos interesses difusos, de construção doutrinária muito recente no Brasil, mas originária do processo civil romano, no qual se mencionam as *actiones populares*, como os primeiros instrumentos de proteção de interesses difusos” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 5.º volume, Saraiva, 1992, p. 142).

⁷ O artigo 127 *caput* tem a seguinte dicção: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta as finalidades do Ministério Público: “Tríplice é a finalidade de que é investido o Ministério

Restringiu, todavia, com indiscutível bom senso, o veículo a ser utilizado, apenas permitindo a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos.

A limitação constitucional é clara. O artigo 129, inciso III, não cuida, em nenhum momento, da defesa de direitos individuais indisponíveis, mas exclusivamente de interesses difusos e coletivos que com aqueles não se confundem.⁸

Por outro lado, o inciso IX do artigo 129:

“São funções institucionais do Ministério Público:

Por um lado, cabe-lhe a “defesa da ordem jurídica”. Trata-se de seu papel tradicional: o de *custos legis*. Assim, tem ele de zelar, em primeiro lugar, pela fiel observância das normas jurídicas.

Por outro, incumbe-lhe, também, a defesa “do regime democrático”. Na verdade, isto se subsume na defesa da ordem jurídica, pois esta é, conforme deflui do artigo 1º e parágrafo único da Constituição, de índole democrática (v. supra).

Atribui-se ao Ministério Público, enfim, a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Isto quer significar que é dever do Ministério Público zelar por todo interesse indisponível, quer relacionado à coletividade em geral, quer a indivíduo determinado. Deve-se entender por indisponível, genericamente falando, aquele que concerne a um interesse público” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 3º. Saraiva, 1994, p. 40).

⁸ É ainda Pinto Ferreira que ao buscar o magistério de José Celso de Mello Filho ensina: “Elucida José Celso de Mello Filho: “Os interesses difusos constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas. São direitos, que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram num titular único, simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós enquanto membros participantes da coletividade.

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses tem sido marcante: o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a uma qualidade superior de vida, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à conservação da natureza, o direito à publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural da Nação.

Conforme a Lei nº. 7.347/85, tanto a ação principal como a cautelar para proteção dos interesses relativos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico poderão ser ajuizados pelo MP, pela União, pelos Estados e Municípios, assim como pelas respectivas autarquias e entidades para-estaduais (sociedade de economia mista ou empresas públicas), por fundações, ou, afinal, por associações comunitárias. Nestas últimas, o direito de ação fica condicionado a dois requisitos: a) que a associação esteja devidamente constituída e personificada há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; b) que inclua a proteção e a preservação dos interesses difusos no campo de seus objetivos institucionais” (*Comentários à Constituição Brasileira*, ob. cit., p. 142/143).

“São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”,

apenas faz referência **ao exercício** de outras funções e não à **promoção alargada** da ação civil pública.⁹

Com efeito, há clara distinção entre a *promoção de inquérito civil ou ação civil pública* e *exercício de outras funções*. O exercício de outras funções apenas se pode referir ao exercício de outras funções que não aquelas de *propor ações civis públicas e inquéritos policiais*. Em outras palavras, o exercício de outras funções refere-se, tão-só e exclusivamente, a quaisquer outras funções de proteção das instituições e de interesses sociais ou direitos indisponíveis mencionados no artigo 127, que não pelo instrumento processual de ação civil pública.

A inteligência de tais dispositivos demonstra a razão pela qual, com pertinência, nem a jurisprudência superior, nem a doutrina mais respeitada têm admitido, fora dos limites do artigo 129, inciso III, a proposição de ações civis públicas e que, de resto, não são da exclusiva alçada do Ministério Público.

Reza o § 1º do artigo 129 da CF que:

“A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.¹⁰

⁹ Misabel Derzi escreve: “Como vimos anteriormente, as características de flexibilidade e abertura do tipo, segundo a doutrina, propiciam, com mais facilidade, a permeabilidade da estrutura jurídica a formas novas e transitivas, emergentes do tráfego social.

Enquanto os conceitos rígidos e fechados tomam-se, em muitos casos, inadequados, os tipos ensejam ordenação mais fluida, admitindo, por isso, soluções diferentes para situações novas.

No Direito civil, como lembra Larenz, há campo mais lato para vicejarem os tipos; pode-se falar em uma tipologia dos contratos e das sociedades, não exaustiva do conceito de contrato e negócio jurídico, sendo válidas e eficazes as formas novas, nascidas, espontaneamente, do tráfego jurídico-social.

À proporção em que cresce a necessidade de segurança jurídica, fecha-se a tipologia em classificação, o tipo, em conceito (grifos meus) (*Direito Tributário Direito Penal e Tipo*, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 103/104).

Tal parágrafo fortalece o entendimento que venho expondo, na medida em que, se se permitisse a outras entidades a mesma função de proteção de interesses difusos e coletivos, meio ambiente, etc. e também a defesa de outros direitos, inclusive os disponíveis, à evidência, ter-se-ia alargado o pólo ativo da relação processual de forma infinita. Passar-se-ia a admitir que qualquer entidade legitimada para a defesa de interesses coletivos e difusos também agisse na proteção de qualquer direito divisível e disponível, por mais particularizado que fosse, por mais segmentado que se apresentasse.¹¹

Por esta perspectiva, se alargado fosse o elenco de casos em que coubesse a propositura de ação civil pública, seja pelo Ministério Público, seja por terceiros legitimados, o País teria um elenco infundável de *Ministérios Públicos ad hoc*, atuando em todas as áreas que desejasse, inclusive na defesa de direitos individuais, disponíveis, divisíveis e específicos. Qualquer matéria poderia ser levada aos Tribunais, via ação civil pública por qualquer entidade. Não se teria assim a proteção da sociedade, mas o caos processual e jurídico, muitas vezes com defesa contrária aos interesses dos próprios interessados *representados sem procuração ou mandato*.¹²

¹⁰ Hely Lopes Meireles e Arnoldo Wald ensinam: "A Lei nº. 7.347/85 deu legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas jurídicas estatais, autarquias e paraestatais, assim como às associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor, para proporem a ação civil pública nas condições que especifica (artigo 5.º). É evidente que o Ministério Público está em melhor posição para o ajuizamento dessa ação, por sua independência institucional e atribuições funcionais. Além disso, está isento de custas e honorários no caso de improcedência da demanda. Mas, mesmo que não seja o autor da ação, deverá nela intervir como fiscal da lei (artigo 5.º, § 1º) e, se, decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, a associação autora não promover a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público (artigo 15)" (*Mandado de Segurança*, *ob. cit.*, p. 121/122).

¹¹ José Afonso da Silva lembra que: "As funções institucionais do Ministério Público estão relacionadas no artigo 129, em que ele aparece como: titular da ação penal, da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, e da ação direta da inconstitucionalidade genérica e interventiva, nos termos da Constituição; garantidor do respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública; defensor dos direitos e interesses das populações indígenas, além de outras de intervenção em procedimentos administrativos, de controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar, de requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial, de atuação junto aos Tribunais de Contas, vedadas essas funções a quem não seja integrante da carreira, salvo quanto à legitimação para as ações civis que não impede seu exercício por terceiros" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª. ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 508), não elencando a proteção de direitos individuais disponíveis.

¹² Arnoldo Wald lembra que a própria *equidade* não pode justificar a ação civil pública: "o STF enfatizou que a ação civil pública não se pode fundamentar na equidade, a não ser nos casos em que

Com efeito, imaginemos que determinada comunidade, em um município, tendo interesse na realização de uma certa obra, conseguisse aprovar uma lei criando uma contribuição de melhoria para custear as benfeitorias que, de outra forma, à falta de recursos municipais, não poderiam realizar-se. Imaginemos, ainda que a lei instituidora contivesse vício de inconstitucionalidade. Não obstante esse vício, poderia a comunidade preferir não arguí-lo, arcando com a exação, ante o interesse maior na realização da obra.

Nada impediria, entretanto, que qualquer membro dessa comunidade, não concordando com a maioria, trilhasse o caminho da defesa individual mediante a impetração de mandado de segurança para fazer prevalecer o seu direito líquido e certo de não se submeter a uma exação inconstitucional, valendo-se, mesmo, em caso de dificuldade financeira, dos benefícios da assistência judiciária prestada pelo Estado através da Defensoria Pública e da Justiça gratuita.

No caso figurado, a maioria dos munícipes daquela comunidade, ao preferir arcar com a contribuição de melhoria apesar de instituída por lei inconstitucional, disporia do direito de se opor à cobrança viciada, em prol da realização da obra.

Já o munícipe dissidente deflagraria o remédio processual adequado para fazer prevalecer um direito do qual não concordasse em abrir mão.¹³

Para tal hipótese, o direito brasileiro possibilita os caminhos processuais adequados, - as medidas cautelares, os mandados de segu-

haja determinação legal expressa neste sentido, ao julgar o Conflito de Atribuições 35, em 2-12-87, pelo seu Plenário, sendo relator o Min. Sydney Sanches. Tratava-se de ação civil pública intentada pela Curadoria de Consumidores do Estado do Rio de Janeiro contra vários Bancos, com a finalidade de estabelecer novo regime para o cheque especial, tendo sido suscitado o conflito pelo fato de caber a regulamentação da matéria ao Poder Legislativo e, por delegação do mesmo, ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central. O conflito foi julgado procedente, reconhecida a incompetência do Poder Judiciário para estabelecer normas gerais em matéria bancária, não cabendo ação civil pública para modificar a legislação ou regulamentação existente, mesmo que seja com a finalidade de torná-la mais equitativa (RT 690/184)" (*Mandado de Segurança*, ob. cit., p. 120).

¹³ Cal Garcia ensina que: "O Ministério Público, finalmente, parece conduzido ao seu leito natural. Foi acolhido na constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional, tendo como atribuições a defesa: a) da ordem jurídica; b) do regime democrático; c) dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (*Linhas mestras da Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 138). Em nenhum momento fala em direitos disponíveis.

rança coletivo e individual e variado elenco -, nos quais não se inclui a ação civil pública, hospedeira de interesses difusos e coletivos desprotegidos.

Como se percebe, com sabedoria, a fim de evitar uma multiplicação de *Ministérios Públicos ad hoc*, é que restringiu, o constituinte, a utilização da ação civil pública às hipóteses do inciso III do artigo 129, hipóteses que constituem *numerus clausus*, não se lhe outorgando elastério superior ao admitido pelo texto supremo.¹⁴

Por esta perspectiva é que se deve examinar a Lei n.º 8.625/93, que regulou a atuação do Ministério Público no que concerne à ação civil pública, alargamento que entendo inconstitucional por ultrapassar os limites expostos na Lei suprema.¹⁵

Faz menção, a lei ordinária, a que direitos individuais indisponíveis podem ser defendidos por ação civil pública.

Parece-me esta extensão de manifesta inconstitucionalidade, visto que, sobre alargar o elenco constitucional sem outorga maior para fazê-lo, refere-se a direitos individuais que não se colocam na alçada protetora do Ministério Público, apenas competente para a defesa de tais direitos, se indisponíveis, por outro veículo processual que não aquele da ação civil pública.¹⁶

¹⁴ A equipe da Price Waterhouse assim comenta o § 1º. do artigo 129: "O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública e ação de inconstitucionalidade (incisos III e IV deste artigo 129, respectivamente). Porém, essa atribuição não é exclusiva para as ações civis públicas: a lei poderá determinar outras legitimações ativas - como faz a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Para a ação de inconstitucionalidade, contudo, a lei não poderá criar outras legitimações que não as estabelecidas no artigo 103 dessa Constituição.

Este dispositivo não se aplica aos inquéritos civis, de vez que inquérito não é ação" (*A Constituição do Brasil 1988*, . Price Waterhouse, 1989, p. 589).

¹⁵ O artigo 25 inciso III, tem a seguinte dicção: "Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".

¹⁶ Oscar Dias Corrêa, após dizer: "A esse propósito, o texto de 1988 é elogiável, porque lhe entrega a missão de defesa do próprio regime democrático e de todos os interesses indisponíveis sociais e

É de se notar que o Código do Consumidor que, também, menciona os direitos individuais, se homogêneos, em seu artigo 81, parágrafo único, III, assim redigido:

"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: ... III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum",

não autoriza expressamente a defesa de tais direitos pelo veículo processual da ação pública.

Compreende-se a omissão. Em verdade, apenas os interesses coletivos e difusos, definidos com certa dificuldade pelo legislador, são de proteção constitucional pelo veículo da ação civil pública. Não os direitos individuais homogêneos e comuns. E são aqueles defensáveis, através da referida solução processual, por força do preceito supremo.¹⁷

indivi-

duais. Onde, pois, houver malversação de direito, postergação de garantias, legitima-se a sua ação. *Direitos ou interesses sociais ou individuais indisponíveis não-de ser aqueles dos quais - diz a palavra - não se puder dispor, porque integrados na personalidade humana.* As necessidades sociais transformam-nos em indisponíveis, embora, em princípio, não o fossem", esclarece: "O inciso III põe em cena a atuação social do MP no inquérito civil e na ação civil pública, buscando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos. Esta a outra área onde sua atuação pode ser inovadora ou restauradora, embora a doutrina e a jurisprudência ainda não hajam bem definido esses interesses (grifos meus) (A Constituição de 1988 - Contribuição Crítica, Forense Univ. 1991, p. 170/171).

¹⁷ É Rodolfo de Camargo Mancuso quem esclarece: "Colocando os interesses e direitos coletivos e difusos no gênero dos *transindividuais de natureza indivisível*, parece-nos que o Código levou em conta as achegas doutrinárias que, efetivamente, realçam a circunstância de que aqueles interesses deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva. A terminologia é vária - *supraindividuais, metaindividuais* -, mas o conteúdo (do termo preferido pelo Código - *transindividuais* - é o mesmo desses antes referidos. Quando estudávamos o tema com sede monográfica, e após termos passado em revista os subsídios doutrinários nacionais e estrangeiros, chegamos a oferecer o seguinte conceito para os *interesses difusos*: "são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).

Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Já com relação

Se há dificuldade na conformação jurídica de interesses difusos e coletivos que implicam direitos *intersubjetivos*, não o mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis e, com maior facilidade, os disponíveis.

Entendo que os interesses difusos e coletivos são direitos *intersubjetivos* na medida em que interessam, simultaneamente, ao indivíduo, seu titular mais relevante, e a toda a sociedade e aos próprios poderes constituídos, razão pela qual sua defesa, quase sempre impossível para o indivíduo, é ofertada ao Ministério Público e a entidades com inequívoco interesse de agir quanto à matéria.

Ao contrário dos direitos subjetivos, que dizem claramente respeito aos sujeitos que os detêm, os direitos *intersubjetivos* transcendem a figura do beneficiário, para integrar a complexidade de direitos da sociedade, dos contribuintes e do Estado, amalgamados numa dimensão mais abrangente.¹⁸

aos interesses coletivos, após observarmos que eles podem ser compreendidos sob três acepções, ou; ou ainda como, identificávamos o interesse coletivo com essa última acepção: "trata-se de interesses que depassam esses dois limites (os das duas colocações referidas), ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo". Quanto às notas caracterizadoras dos interesses coletivos, indicávamos, no ensaio em questão, as seguintes: "a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada" (*Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*, ob. cit., pp. 275/276).

¹⁸ Benedito Olegário Rezende Nogueira de Sá e Paulo Roberto de Salles Vieira, em parecer a que tive acesso, lembram que: "A disponibilidade na relação jurídica tributária é inegável, bastando atentarmos que é admissível a moratória, a isenção, a compensação, a remissão, a transação e, ainda mais, prescrição e decadência. Já se viu, acaso, prescrição ou decadência (!?) de direito indisponível? Já se viu disponibilidade (transação, isenção, etc.) de direito indisponível?"

Mas diriam alguns que os efeitos patrimoniais de relação jurídica indisponível podem ser objeto de transação e, portanto, a prestação (tributo) seria disponível, mas não a relação, que é indisponível.

Perfeita a premissa e falsa a conclusão.

É que direitos indisponíveis são "aqueles relativamente aos quais os titulares não têm qualquer poder de disposição: nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente das vontades destes" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 28, p. 200).

Ora, a relação fisco-contribuinte surge em razão de lei, se estabelece nos exatos limites dela, em razão do primado constitucional da legalidade.

A possibilidade de tributar surge com a atribuição constitucional de competência, não antes, a Constituição Federal pode estabelecer imunidades, o Estado (*lato sensu*) não é obrigado a editar a lei que irá autorizá-lo a exigir o tributo, pode também não exigí-lo em determinados casos, isentando-os. Estas situações, todas relacionadas com a possibilidade do estabelecimento da relação jurídica tributária (que somente se dá, efetivamente, com a implementação da hipótese de incidência), dependem da

Pode-se entender por *interesses coletivos* aqueles que concernem a uma bem definida coletividade, como, por exemplo, os de uma determinada comunidade de pescadores de não ter a água do rio em que pescam poluída por uma indústria de celulose. Por outro lado, aproveitando o mesmo exemplo, são os interesses difusos, aqueles que dizem respeito a toda a sociedade, como, por exemplo, em não permitir que experiências nucleares lancem, espalhem radiações sobre um país ou toda uma região. São mais facilmente detectáveis os primeiros que os segundos. Há de se convir, entretanto, que sua defesa por cada um dos atingidos seria muito mais difícil e complicada do que se realizada pelo veículo da ação civil pública ou da ação popular de espectro menor e, em parte, diferenciada no objeto.¹⁹

Os interesses coletivos seriam aqueles em que a intersubjetividade abrangeria uma classe definida de sujeitos ativos com objetivos claros em sua defesa, mas de difícil atuação individual, e os interesses difusos aqueles em que a intersubjetividade atingiria uma classe indefinida de titulares com idênticas dificuldades de ver seus interesses protegidos.²⁰

vontade do Estado e não *nascem*, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dele".

¹⁹ O inciso LXXIII do artigo 5.º da Constituição Federal tem a seguinte dicção: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

²⁰ Waldemar Mariz de Oliveira prefere considerar como categoria, a dos interesses coletivos: "Em consequência, as atividades sociais e econômicas podem produzir prejuízos a um elevado número de pessoas, atingindo os direitos e interesses, em muitos casos, de grupos, classes ou categorias de indivíduos.

Esses direitos e interesses não são mais de caráter simplesmente individual, mas, pelo contrário, apresentam-se como de natureza coletiva, gerando, se desrespeitados ou violados, danos igualmente coletivos.

Assim, por exemplo, o direito à saúde, o relativo à segurança social, o concernente ao ambiente natural e o referente ao respeito às belezas naturais. Da mesma forma, o direito a não ser prejudicado por enganosa publicidade comercial ou por fraude financeira, bancária ou alimentar. E, também, o direito a não ser atingido pela discriminação racial, social ou religiosa constitui caso dessa espécie de caráter coletivo.

Os danos emergentes da afronta a tais direitos são, conforme acentuamos, coletivos, atingindo vastos agrupamentos de pessoas. Aqui, do mesmo modo que fizemos em relação aos direitos coletivos, daremos alguns poucos exemplos. A apresentação, no mercado, de um produto alimentar deteriorado pode configurar grave risco para um sem número de indivíduos; a propaganda sem controle, transmitindo falsas e enganosas informações, a respeito de certa sociedade ou de determinado empreendimento

Nenhum de tais interesses se aproximam dos direitos individuais indisponíveis, como, por exemplo, o direito à vida, que é um dos fundamentos dos direitos e garantias individuais expostos no *caput* do artigo 5.º da C.F.:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:....”

21

to imobiliário, pode causar prejuízos a milhares de adquirentes de ações ou de imóveis; a concorrência desleal ou o monopólio no comércio ou na indústria, são maneiras, também, de lesar um bom número de concorrentes; a proibição a uma pessoa de hospedar-se em um hotel, por força da cor de sua pele, representa, por parte da direção do estabelecimento, uma discriminação de natureza racial, que afronta os direitos constitucionais dos cidadãos" (*Estudos sobre o amanhã - ano 2000*, co-ed IMEPA/Resenha Univer. 1978, p. 259/260).

²¹ Escrevi: "Entendemos nós que os últimos razão têm. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valoriza, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais.

Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais pertinentes a cada ordenamento jurídico são de direito natural e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade.

Temos visão pessoal do problema, visto que, reconhecendo a mutabilidade dos direitos fundamentais e da lei natural, não afastamos de todo a visão racionalista, cujo fracasso maior residiu na estipulação de tais leis sem aferição científica para todas as relações de Direito reguladas. Entendemos, todavia, que são de direito natural as leis já aceitas, pela ciência e pelos autores, como fundamentais ao ser humano. Na medida, entretanto, em que o ser humano for estendendo o universo de seu conhecimento, é provável que venha a detectar novas leis naturais e serem agregadas às atuais, como o astrônomo acrescenta, a cada ano, novas leis sobre a mecânica do cosmos, na medida em que estende seu conhecimento racional.

No caso, todavia, desta singela exposição, interessa-nos apenas discutir o direito fundamental do ser humano à vida, que é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida e que pertence ao ser humano, não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter nascido. É-lhe inerente e não concedida.

O artigo 5.º da Constituição Brasileira é, fundamentalmente, norma de direito natural, posto que seu *caput* principia com a seguinte afirmação: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

É evidente que o direito à vida implica outros direitos que lhe permitam ser exercido, que também são de direito natural, como o direito à educação, à liberdade de associação, ao trabalho, à saúde, à dignidade pertinente ao ser humano, à intimidade, a não ser afastado da convivência social, senão se lhe trouxe mal superior, a partir dos indícios de sua atuação pregressa.

O principal dos atributos está, todavia, em ser garantido, em suas insuficiências, contra a violência dos mais fortes, posto que a igualdade de todos os seres humanos perante a sociedade coloca-se à

Como se percebe, para a proteção daqueles direitos, ou melhor, daqueles interesses - de difícil proteção individual - é que se justifica a ação do Ministério Público e a de qualquer outra entidade e jamais para outros direitos, principalmente os direitos individuais disponíveis.

luz de suas desigualdades, substituída pelo poder do Estado, capaz de reconhecer as leis naturais e criar as leis positivas de salvaguarda e segurança.

Com rara precisão PLATÃO retrata o dilema, através de CÁLICLES, que entende ser de direito natural os fortes dominarem os fracos, posto que cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos o direito à fraqueza e ao forte o direito à fortaleza. Pela palavra de CÁLICLES, o Estado não deveria suprir o fraco contra o forte, pois se oporia à natureza das coisas. SÓCRATES o contraria, ao mostrar que vivendo o homem em sociedade, a sociedade iguala os desníveis e supre as desigualdades, sobre ser mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos têm dignidade que aquela em que o escraviza e domina, mas perde a relação convivial entre seres humanos.

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos após o nascimento, os quais não teriam condições de viver, sem tal proteção à sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco a partir da *teoria do suprimento*.

Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. No primeiro caso, sem que o insuficiente possa se defender, e no segundo, mesmo com autorização do insuficiente, que levado pelo sofrimento, não raciocina com a lucidez que seria desejável. É violação ao direito à vida o suicídio, pois o suicida é também um insuficiente levado ao desespero do ato extremo, por redução da sua capacidade inata de proteção, constituída pelo intuito de preservação" (*Fundamentos do Direito Natural à Vida*, Lex, 1991, pp. 7/8).